die Nachtheile großer Gerichtssprengel zu beseitigen, und es verdient jetzt einer genauen Untersuchung, wie die Grenze zwischen Collegial- und Einzelnrichterjustiz gezogen, welche Gattung von Sachen an die letzten gewiesen, und unter welchen Bedingungen [25] den Einzelnrichtern eine Befugniß zu entscheiden gegeben werden soll.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)

XVII.

Beiträge zu der Lehre über die Bedeutung und den Umfang der sogenannten Eventualmaxime im Deutschen gemeinen bürgerlichen Processe.

Von Linde.

(Fortsetzung d. i. B. XII. Heft 1. abgebrochenen Abhandl. No. I.)

Aus der versuchten Darstellung über den Beweis der Klage, Einreden und dergleichen nach den Grundsätzen des Deutschen gemeinen Civilprocesses, ergibt sich auch, daß es der Grundidee des gemeinrechtlichen Verfahrens gemäß ist, wenn man behauptet, daß insbesondere auch bei der eventuellen Benuzzung der Eidesdelation neben andern Beweismitteln die Eventualmaxime insofern zur Anwendung zu bringen ist, als die Eidesdelation, gleich jedem andern Beweismittel, innerhalb der Beweisfrist zur Hand genommen werden muß. Es wird diese Ansicht gegenwärtig fast allgemein als die richtige ange-

---

25) s. v. Holzschuber der Rechtsweg. S. 99.

nommen [1]), und nur darüber, wie dieser Grundsatz in der Ausführung zu beschränken sey, finden sich noch verschiedene Ansichten. Man hat unter Anderm neuerdings die Fragen einer neuen Untersuchung unterworfen:

1) ob ein bloßer Vorbehalt der Eidesdelation der eventuellen doch wirklichen Delation des Eides gleich zu achten sey?

2) und ob, wenn man sich für eventuelle Delation entscheidet, es hinreicht, wenn man während der Beweisfrist im Allgemeinen erklärt: daß man eventuell den Eid deferire, oder ob man eventuell zugleich angeben müsse, worüber der Eid deferirt werde, wohl gar unter Hinzufügung der Formel, in welcher der Beweisführer denselben von den Partheien abgeleistet wissen will? [2])

I. Von dem Vorbehalte der Eidesdelation.

Es ist ein ausgemachter Grundsatz des Deutschen gemeinen Proceßrechtes, daß ein bloßer Vorbehalt eines Beweismittels dem wirklichen Gebrauche desselben nicht gleichzuachten ist, und daß deshalb der bloße Vorbehalt irgend eines Beweismittels innerhalb des Beweistermins, den spätern Gebrauch desselben nicht zu erhalten vermag. Diese Grundsätze hat Cropp in der angeführten Abhandlung anerkannt, und daraus an mehreren Stellen die Folgerung bestimmt abgeleitet, daß ein bloßer Vorbehalt der Eidesdelation keineswegs genüge. Wenn nun derselbe Gelehrte dennoch lehrt: „da es sich bei der eventuellen Eidesdelation von einem erst künftig vorzunehmenden Acte handle, und in einem solchen Falle mit

---

1) s. die Autoritäten dafür in diesem Archive B. VI. S. 188 f. und bei Heise und Cropp juristische Abhandl. I. S. 270. Note 13. Spangenberg Comment. zur Proceßordn. für die Untergerichte. Abth. I. S. 302 f.

2) Heise und Cropp juristische Abhandlungen. Hamburg, 1827. B. 1. S. 266. f.

dem Ausdrucke, man behalte sich die Handlung vor, gar oft die bestimmte Absicht, eintretenden Falls jene Handlung vornehmen zu wollen, bezeichnet werde; so laufe es in der That auf eine zu ängstliche Berücksichtigung des gewählten Ausdrucks hinaus, wenn man die Reservation der Eidesdelation nicht für eben so genügend, als die eventuelle Delation des Eides selbst achten wolle; zumal beides im Effect dasselbe Resultat gebe, da der Deferent selbst die schon vorgenommene Eidesdelation immer noch wieder fallen lassen könne, wie er bei der blos vorbehaltenen, wenn damit auch nur eine eigentliche Reservation gemeint seyn sollte, demnächst zu erwägen haben würde, ob er nun zur bestimmten Delation schreiten wolle oder nicht [3];" so ergibt sich aus dieser Darstellung ganz klar, daß Cropp eine eventuelle Delation des Eides nicht für nothwendig, sondern (freilich im Widerspruche mit den so gründlich von ihm entwickelten allgemeinen Grundsätzen) einen Vorbehalt für genügend ansieht.

Indessen dürfte die Ausführung selbst auf unhaltbaren Voraussetzungen beruhen. Denn es ist nur halb wahr, daß es sich bei der eventuellen Eidesdelation von einem erst künftig vorzunehmenden Acte handelt. Denn, sofern nämlich die eventuelle Eidesdelation doch immer eine wirkliche Delation ist, handelt es sich von einem sofort vorzunehmenden und vorgenommenen Acte; und wenn nun auch mit dem Ausdrucke: „man behalte sich die Handlung vor" gar oft die bestimmte Absicht, eintretenden Falls, jene Handlung vornehmen zu wollen, bezeichnet würde, so ist dieses doch nicht immer der Fall, und es ist eine rein thatsächliche Frage, ob in einem concreten Falle jene Absicht vorhanden war. Nimmt man aber, wie Niemand bündiger als Cropp nachgewiesen hat, an, daß ein bloßer Vorbehalt niemals einer wirklichen, wenn gleich nur eventuellen, Eidesdelation gleich komme, so

3) Cropp a. a. O. S. 278.

läßt sich wahrlich nicht einsehen, wie nun dennoch eine bloße Reservation wieder genügen solle. Auch gibt es im Effecte nicht, wie Cropp behauptet, dasselbe Resultat, ob man den Eid wirklich deferirt, oder blos reservirt. Freilich, wenn der Producent ein zeitig zur Hand genommenes Beweismittel zur rechten Zeit wieder zurückzieht, so gibt dieses dasselbe Resultat, als wenn er es gar nicht benutzt hätte; aber um diesen Effect handelt es sich bei unserer Frage gar nicht, sondern um den: ob ein innerhalb der Beweisfrist nicht wirklich zur Hand genommenes, sondern blos reservirtes Beweismittel, demnächst eben so gut als ein wirklich producirtes benutzt werden dürfe? Indem man dieses als zuläßsig voraussetzt, begeht man offenbar eine petitio principii; man demonstrirt im Cirkel, nimmt als bewiesen an, was gerade erst bewiesen werden sollte, und was nach Cropps eigener Ansicht direct nicht nur nicht bewiesen werden kann, sondern wovon gerade dieser Gelehrte das Gegentheil bündig bewiesen hat.

Gesteht man zu, „daß die Eidesdelation ein wirkliches Beweismittel ist [4]), daß sie deshalb, wie jedes andere Beweismittel, innerhalb der Beweisfrist zur Hand genommen werden muß, daß dieses die Natur der Eidesdelation als eines wahren Beweismittels und der Zweck eines peremtorischen Beweismittels erheische, welcher den Producenten bei Strafe des Verlustes zur Angabe derjenigen Beweismittel, deren er sich zu bedienen gemeint ist, nöthigen soll, damit das Beweisverfahren durch das Nachtragen von Beweismitteln nicht über die Gebühr ausgedehnt werde, und damit der Richter ermessen kann, ob der angetretene Beweis möglicher Weise das beabsichtigte Resultat liefern könne, oder ob er nicht sofort zu verwerfen sey; und daß sich der Richter hierzu nicht im Stande findet, wenn der Producent sich nicht sofort darüber

4) Fr. 25. §. 3. de probat. 22, 3. Const. 14. §. 3. de n. n. p. 4, 30. Cropp a. a. O. S. 268.

erklärt hat, ob er im Entstehungsfalle den Beweissatz dem Gegner ins Gewissen schieben will, oder nicht;" [5]) — gesteht man ferner zu: „daß nicht abzusehen ist, warum nicht der Beweisführer gleich bei der Antretung des zunächst beabsichtigten anderweitigen Beweises seine Intention, im Entstehungsfalle dem Gegner die Sache ins Gewissen schieben zu wollen, erklären könne" [6]); und lehrt man weiter:

„Ist aber dieses möglich, so erfordert das auch die peremtorische Kraft des Beweistermins .... Auch erscheint dieses keineswegs als eine leere Förmlichkeit, da jedenfalls dadurch der Vortheil gewonnen wird, daß der Richter, wenn er über die Ergebnisse der anderweitigen Beweise zu erkennen hat, nun auf die noch rückständige Eidesdelation die geeignete Rücksicht nehmen kann" [7]);

und, fügt man endlich hinzu:

„daß bei der bloßen Reservation das (allerdings entscheidende) Bedenken entsteht, daß der Vorbehalt eines Beweismittels dem wirklichen Gebrauche desselben keineswegs gleich geachtet werden kann, und daß es namentlich nicht genügen würde, sich innerhalb des Beweistermins die Beweismittel blos vorzubehalten" [8]);

so kann man mit zureichendem Grunde schwerlich zugleich dennoch der Meinung seyn, daß eine Reservation des Eides eben so genügend sey, als eine eventuelle Delation.

In Bezug auf die Weitläufigkeit der Verhandlungen macht es allerdings einen großen Unterschied, weil, wenn man eine bloße Reservation zuläßt, das Gericht, nachdem es über den anderweitigen Beweis sich ausgesprochen hat, nun erst durch ein Decret den Producenten einladen muß, sich darüber

5) Cropp a. a. O. S. 271.
6) Cropp a. a. O. S. 273, 4.
7) Cropp a. a. O. S. 274, 5.
8) Cropp a. a. O. S. 277.

zu erklären, ob er von seiner Reservation Gebrauch machen wolle, oder nicht, so daß auf diese Weise das Beweisverfahren, trotz des ergangenen Beweiserkenntnisses und des abgelaufenen peremtorischen Beweiszeitlaufs (= Termins oder = Frist) durch ein besonderes Decret in Zug gebracht werden müßte.

II. Von der Instruirung der eventuellen Eidesdelation.

Wenn man schon eine bloße Reservation des Eides für zuläßig hält, so muß man sich consequent auch dafür entscheiden, daß eine Instruirung des vorbehaltenen Beweismittels mit den übrigen principalen Beweismitteln weder nothwendig noch zuläßig sey. Zu diesem Resultate gelangt dann auch folgerichtig Cropp [9]; allein die analogen Gründe für die Unzuläßigkeit einer gleichzeitigen vollständigen Instruction stehen keineswegs richtig [10]; im Gegentheile führt die Analogie des reichsgerichtlichen Verfahrens, um die es sich hierbei zunächst nur handeln kann, gerade umgekehrt dazu, eine gleichzeitige Instruirung der eventuellen Eidesdelation für zuläßig zu achten. Daß diese Analogie aber für das gemeinrechtliche Verfahren nicht bindend sey, hatte ich schon anderwärts angedeutet [11], und mich hierdurch wohl hinlänglich dagegen bewahrt, als wenn ich die Eventualmaxime für ein allgemeines Rechtsprincip des gemeinrechtlichen Verfahrens ansähe [12].

Nach meiner Ansicht dürfte die aufgeworfene Frage blos nach Grundsätzen der Zweckmäßigkeit entschieden werden.

---

9) a. a. O. S. 280 f.

10) Ich glaube dieses in der Abhandlung in diesem Archive B. XII. No. I. genügend nachgewiesen zu haben. S. auch mein Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln. Thl. 1. S. 244 ff.

11) Archiv f. civ. Prax. B. 6. S. 200.

12) Cropp a. a. O. S. 280. Note 25.

Wenn man nun auf der einen Seite zwar zugestehen muß: „daß die Verhandlung über die Zulässigkeit eines Beweismittels, und die weitere Instruction desselben oft sehr weitläufig und kostspielig ist, auch vielen Contestationen, weswegen die Sache oft durch alle Instanzen getrieben werden könnte, ausgesetzt seyn kann“ [13]); so läßt sich auf der andern Seite doch eben so wenig in Abrede stellen, daß in vielen Fällen das Material zur principalen Beweisführung und das Beweisthema daneben so einfach seyn kann, daß sich der Erfolg der zur Hand genommenen Beweismittel im Voraus mit ziemlicher Zuversicht ermessen läßt, daß eben deßhalb der Product, wie der Richter, vermuthen mögten, es seye nur auf ein recht weitläufiges Verfahren zur Verschleppung der Sache abgesehen [14]), und wenn man daneben noch erwägt, daß „bei einer eventuellen Eidesdelation die Angabe des Producenten, daß und worüber er im Entstehungsfalle den Eid zuschiebe sofort möglich, und wegen der Proceßleitung nothwendig ist“ [15]), also der Theil des Beweisthema's, wofür der Eid eventuell benutzt werden soll, doch sofort, selbst nach der jenseitigen Ansicht, bestimmt werden muß; so läßt sich auch nicht läugnen, daß eine allgemeine durchgreifende Regel weder für die Zulässigkeit, noch für die Nothwendigkeit der Zustimmung eventueller Beweismittel neben der principalen, aufgestellt werden kann, vielmehr hierin der vernünftigen richterlichen Bestimmung, und den Anträgen beider streitenden Theile, vieles überlassen werden muß.

Die Deutschen Partikularrechte bieten in dieser Lehre von jeher eine große Mannigfaltigkeit dar.

---

13) Gropp a. a. O. S. 281.

14) Denn es kann der, bei einem schnellen Ausgange der Sache nicht interessirte, Beklagte der Producent eben so gut seyn, als der Kläger.

15) Gropp a. a. O. S. 281.

Das Sächsische Proceßrecht betrachtet den Eid eigentlich nicht als Beweismittel in dem Sinne, daß derselbe regelmäßig erst in dem eigentlichen Beweisverfahren zur Hand genommen werden müßte. Die Eidesdelation muß vielmehr schon während des ersten Verfahrens wirklich Statt finden, ohne daß ein Vorbehalt hinreichte [16]. Ueberhaupt bieten diejenigen älteren und neueren Partikulargesetze, welche auf die Anticipation des Beweises berechnet sind, keinen Stoff zu einer interessanten Vergleichung mit dem gemeinen Deutschen Proceßrechte dar, wohin insbesondere auch das Oesterreich'sche und Preußische Proceßrecht in dieser Lehre gehören [17].

Betrachtet man diejenigen Partikulargesetze, welche den Eid als wahres Beweismittel ansehen, oder doch behandeln, und welche schon auf eine eigentliche Beweisführung in einem besondern Abschnitte des Verfahrens berechnet sind, so ergibt sich freilich auch dabei große Verschiedenheit.

Die Hessische Proceßordnung vom J. 1724 ließ das juramentum litis decisorium nicht anders, als wenn der Deferens einige scheinbare Indicien beigebracht und erwiesen, solche aber weder zum purgatorio noch zum suppletorio hinlänglich waren, Platz haben [18]. Diese den Schiedseid zu einem subsidiären Beweismittel erklärende gesetzliche Bestimmung wurde später durch die Verordnung vom 17. März 1797 dahin aufgehoben, daß in Zukunft die Eidesdelation, auch ohne vorhergehende Gravation, so wie es die gemeinen Rechte gestatten, einer jeden litigirenden Parthei vergönnet

---

16) Das Speciellere über diese, im Sächsischen Proceßrechte sehr eigenthümlich ausgebildete, Lehre; s. bei Kori Theorie des Sächs. bürgerl. Proc. S. 88. Cropp a. a. O. S. 266 f.

17) s. darüber Linde Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln. Th. 1. §§. 69, 70.

18) P. O. v. 1724. II. 5. §. 3.

seyn solle. — Nach dem Inhalte der Bestimmungen des ganzen Tit. 5. Th. 2. der Proceßordnung von 1724 dürfte es sich vertheidigen lassen, daß der Eid vor Ablauf der Beweisfrist auf dieselbe Weise, wie das gemeinrechtlich erforderlich ist, benutzt werden müsse. In der Anwendung scheint jedoch ein freierer Gebrauch sich vermittelt zu haben; denn es wird behauptet, daß nach Präjudicien des Hofgerichts zu Darmstadt das Beweismittel der Eidesdelation bei dem Gebrauche mehrerer Beweismittel, wenn auch der Beweis mit letzteren verfehlt erscheine, und erstere nicht besonders vorbehalten worden sey, dennoch zur Hand genommen werden könne. Jedoch finde dieses nur bis zum Schlusse des Beweisverfahrens, aber dann nicht mehr Statt, wenn der Beweis schon durch Erkenntniß für verfehlt erkannt worden sey.

Der Baier'sche Judiciarcodex begünstigt den Gebrauch des Eides ganz vorzüglich, indem er verordnet: „mag man solchen zu aller Zeit in dem Proceß sogar nach geführten Beweis und eröffneter Zeugenaussage, da etwa die Geschichte nicht genugsam dadurch erwiesen worden, in solange deferiren, bis in der Sache gänzlich beschlossen worden“ [19]). Die Ansicht war also auch hier, daß der Eid probatio mere subsidiaria sey, wie sich auch Kreitmayr zu der Stelle ausdrückt. Die neuere Baier'sche Gesetzgebung hat jenen Grundsatz verlassen, und unbedingt ausgesprochen, daß, wenn durch richterliches Urtheil auf Beweis erkannt sey, derjenige, welchem der Beweis aufgelegt worden, bei Strafe der Desertion verbunden sey, den Beweis innerhalb des angesetzten Termins anzutreten, und alle seine Beweismittel zu benennen, unter dem Rechtsnachtheile, daß er sich derjenigen, welche er anzugeben unterlassen habe, in der Folge nicht mehr bedienen

---

19) Codex jur. Bavarici judiciarii de an. 1753. Cap. 13. §. 2. n. 3.

könne [20]). Noch bestimmter drückt dasselbe Princip der Entwurf v. J. 1827 aus, wo es §. 337 heißt: „die Eideszuschiebung kann auch über dieselben Puncte mit andern Beweismitteln eventuell verbunden werden. Jedoch muß dieses während der Beweisfrist geschehen, und es kann von dem Eide nur alsdann Gebrauch gemacht werden, wenn durch andere Beweismittel weder für noch gegen den Beweissatz etwas bewiesen ist."

In derselben Weise haben viele ältere und neuere Partikulargesetze das Princip aufgenommen; z. B. Mecklenburg [21]), Bremen [22]), Nassau [23]).

Dagegen fehlt es weder an ältern noch neuern Gesetzen, welche, gleich dem Baier'schen Judiciarcodex, die Eidesdelation fortwährend begünstigen.

Auch das Französische Recht huldigt dieser Theorie, indem es den Eid in jeder Lage des Processes zuschieben läßt [24]); desgleichen das neuere Würtembergische Recht, welches den Beweis durch Augenschein, Kunstverständige und Eidesantrag an die Beweisfrist nicht bindet [25]), und die Hannöver'sche Untergerichtsordnung v. 1827, welche §. 64 festsetzt: „der Beweisführer kann zum Beweise desselben Thatumstandes verschiedene Beweismittel miteinander gleichzeitig verbinden. Die Eideszuschiebung ist aber von dieser Verbindung

---

20) Gesetz v. 22. Juli 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betr. — Und Gönner Commentar. Erlangen 1820. S. 172.

21) Kamptz Handb. des Mecklenb. Civilproc. Ausg. v. Nettelbladt. §. 85.

22) Gerichtsordnung der freien Stadt Bremen v. 1820. §. 250.

23) Nassau. Gesetz v. 23. April 1822. §. 76. S. auch Berner Entwurf. Satzung 275.

24) Bürgerl. Gesetzbuch Art. 1360.

25) Würtemb. Edict v. 31. Decemb. 1818, die Rechtspflege betr. §. 114 f. §. 126. Zif. 3.

in soweit ausgenommen, als sie nur auf den Fall zur Hand genommen werden kann, wenn die andern Beweismittel nicht hinreichen sollten, zu welchem Ende es jedoch eines ausdrücklichen eventuellen Vorbehalts nicht bedarf“ [26].

Nach dem Baden'schen Entwurf der Proceßordnung v. J. 1830, §. 575 „kann die Zuschiebung des Eides in jeder Lage des Verfahrens geschehen, jedoch nicht mehr nach Ablauf der Beweisfrist, insofern sich der Beweisführer dieselbe für den Fall des Mißlingens der übrigen Beweismittel nicht ausdrücklich vorbehalten hatte. Sie muß in diesem Falle bei Vermeidung des Ausschlusses innerhalb der Frist geschehen, welche dem Richter nach beendigtem Beweisverfahren, in Folge des Mißlingens der versuchten Beweise, hiezu angeordnet wird.“ §. 576. „Die Eideszuschiebung kann auch über die nämlichen Thatsachen mit andern Beweismitteln verbunden werden, jedoch nur in der Art, daß von dem Eide nur dann Gebrauch gemacht werden kann, wenn durch die andern Beweismittel nichts für den Beweissatz dargethan worden ist.“

Es kann darüber keine Frage seyn, daß man in einer neuen Gesetzgebung den Eid als Beweismittel nicht aufgeben darf. Ebenso muß man unbedenklich sowohl dessen ausschließlichen als auch gleichzeitigen Gebrauch mit andern Beweismitteln bestehen lassen. Nur darüber läßt sich vorerst streiten, ob die Eidesdelation in dem Sinne als subsidiäres Beweismittel behandelt werden soll, daß man dazu erst in Ermangelung anderer Beweismittel soll greifen dürfen, oder ob diese Rücksicht nicht entscheiden soll. Die erste Ansicht hat, was man auch dagegen sagen mag, die Autorität der Theorie

26) Es heißt in diesem Paragraph ferner: „Uebrigens hängt es von dem Beweisführer ab, ob er sich sofort der Eidesdelation oder erst eines andern Beweismittels bedienen will.“ Sodann heißt es im §. 93: „Bei mißlungenem andern Beweise muß die Zuschiebung des vorbehaltenen oder als vorbehalten anzunehmenden Eides vor Eintritt der Rechtskraft des den Beweis für verfehlt erklärenden Decrets geschehen.“

des gemeinen Rechts und vieler Partikularrechte für sich; die zweite dagegen die Praxis und die neueren Gesetzgebungen. Für die erste Ansicht spricht die Rücksicht auf möglichste Verminderung der Eide, für die zweite das freie Verfügungsrecht der Partheien über den Gebrauch der Mittel ihr Recht zur Anerkennung zu bringen. Ob durch den einen oder den andern Grundsatz dem materiellen Rechte leichter zum Siege verholfen wird, läßt sich schwerlich, da darauf so viele andere Umstände einwirken, bestimmen. Mir scheint es besser, jene subsidiäre Natur aufzugeben, und schon aus dem Grunde, weil es doch nur der Beurtheilung des Producenten überlassen werden kann, ob andere Beweismittel vorliegen oder nicht. Es würde eine Reihe processualischer Grundsätze verrücken, wenn man auf diese Bestimmung den Richter oder gar den Gegner [27]) entscheidend wollte einwirken lassen. Insofern man aber eine Cumulation des Eides mit andern Beweismitteln zum Beweise derselben Thatsache zuzulassen genöthigt ist, versteht sich aber, des Wesens des Eides wegen, von selbst, daß der letztere nur zu einem eventuellen Gebrauche geeignet ist, d. h. erst dann, wenn die andern Beweismittel nicht zum Ziele führen, kann von dem Eide entscheidender Gebrauch gemacht werden. Dabei entsteht dann die fernere Frage: ob der mit andern Beweismitteln eventuell verbundene Eid schon dann gebraucht werden kann, wenn die übrigen Beweismittel den Beweissatz nur nicht vollständig in juristische Gewißheit setzen; oder erst dann, wenn die andern Beweismittel in dieser Beziehung gar kein Resultat liefern, so daß der Inhalt dieser Beweismittel weder zu einem Ergänzungseide noch zu einem Reinigungseide führt?

Erwägt man, daß bei Auferlegung eines Notheides der

27) Insofern dieser dabei interessirt ist, mit Vermeidung des Eides durch andere Beweismittel die Wahrheit erbracht zu sehn, steht ihm ja der Beweis zur Gewissensvertretung frei.

Richter alle Rücksichten eintreten läßt, die auch bei Zuschiebung und beziehungsweise Zurückschiebung eines Eides zur Anwendung kommen, wenn es sich um die Verbindlichkeit der Annahme oder Zurücknahme des Schiedseides, und Regulirung der Eidesform und dergl. handelt, daß die Notheide denselben Zweck, wie der Schiedseid, haben, daß Producent und Deferent, insofern der Product und Delat zum Notheide gelassen wird, dadurch in keine schlimmere Lage kommt, als die war, wodurch er sich selbst durch die Delation schon gesetzt hatte; daß aber, insofern der Producent selbst zur Leistung des Notheides eingeladen wird, diese Lage ja auch durch Relation des Schiedseides erwartet werden konnte; endlich, daß der Staat, aus Rücksichten auf Erhaltung der Moralität, materieller Wahrheit, und des Scheins der Heilighaltung der Eide wenigstens nicht ansehen darf, daß durch den Eid ein wahrscheinliches Unrecht zum Recht erhoben wird, so entscheidet man sich, mit den meisten neuern Gesetzgebungen, leicht für die Ansicht, daß der eventuell zur Hand genommene Schiedseid nur dann zur Ausführung gebracht werden soll, wenn die damit verbundenen Beweismittel nicht einmal den Fall eines richterlichen Notheides herbeiführen. Die wissenschaftliche Abstraction führt, wenn die Gesetzgebung jenen Grundsatz sanctionirt, auch ohne Andeutung der letztern, begreiflich dahin, daß bei zusammengesetzten Beweissätzen einzelne Thatsachen in solchen Fällen durch Notheide, und andere durch den Schiedseid gleichzeitig, oder nach Umständen successiv bewahrheitet werden können.

Betreffend die Form, durch welche der eventuelle Gebrauch des Eides vorzubereiten ist, so liegt es in der Consequenz der Ansicht von dem Eide als einem Beweismittel und der peremtorischen Kraft des Beweistermins, daß der eventuelle Gebrauch mit den übrigen Beweismitteln vor Ablauf der Beweisfrist angekündigt, und möglichen Ansichten der Partheien neben der Zulässigkeit des Eides bis zu dem Puncte verhandelt werden sollten, daß der Richter, wenn er

über den Gehalt der anderweitigen Beweismittel definitiv zu entscheiden in der Lage ist, nunmehr, wenn dennoch der Fall eintritt, daß der Eid zur Anwendung kommen kann, auch gleichzeitig darüber entscheiden kann, über welche Thatsachen der Eid zu leisten ist, und ob Delat sich nunmehr über Acceptation, Relation oder Gewissensvertretung zu erklären hat. Die Verhandlung über die Eidesformel kann aber zweckmäßig nicht früher Statt finden, als bis das Resultat der übrigen Beweisführung vorliegt, weil der Gegenstand dieser Verhandlung durch den Umfang des zum Beweise übrig bleibenden Beweisthema's bestimmt wird. Man kann nicht einmal davon ausgehen, daß dabei vorauszusetzen sey, es solle das im Beweiserkenntniß aufgestellte Beweisthema als Gegenstand der Eidesformel zu behandeln seyn; denn durch das Resultat der übrigen Beweismittel kann in Bezug auf die juristische Gewißheit des Beweissatzes sich so vieles ändern, daß die ganze Verhandlung zwecklos wäre. Es ist überhaupt eine wichtige, aber hier nicht zu erörternde Frage: ob man die Feststellung der Beweisformel nicht ein für allemal dem Richter überlassen sollte [28].

Ein bloßer Vorbehalt der Eidesdelation scheint mir hiernach nicht empfehlenswerth. Hält man aber für eine neue Gesetzgebung die eventuelle Delation und Verhandlung über Zulässigkeit des Eides nicht für nothwendig, so dürfte man auch aus denselben Gründen nicht einmal einen Vorbehalt für nothwendig halten, sondern geradezu den Grundsatz aufstellen, daß nach mißlungenem anderweitigem Beweise die Eidesdelation noch immer zulässig bliebe. Denn der Vorbehalt enthält nichts als eine leere Form, die, wenn sie übersehen ist, nur zu Restitutionen, also zu sehr überflüssigen Verlegenheiten führt.

---

28) Zu empfehlen ist in dieser Beziehung der Baiersche Entw. v. 1827. §. 336 und dazu die Motive in den Verhandlungen der zweiten Kammer. v. 1827 — 28. III. Beilageband. §. 58. S. 194 f.